

THAISSA SATIE SILVA TANIGUCHI

**A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE
DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso
de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof^a. Carolina Lisboa

BRASÍLIA

2009

Dedico a presente monografia aos meus pais, aos meus irmãos, ao Pedro e aos meus familiares, com todo o meu carinho, pois sem eles nada disso seria possível.

AGRADECIMENTOS

À

Deus pelo dom da VIDA, pela força e inspiração para concretização deste trabalho.

Aos meus pais, agradeço pelo esforço, que tornou possível a conclusão de mais uma etapa, pelas palavras sábias de incentivo e pela confiança em mim depositada.

Aos meus irmãos e amigos, sempre presentes, sou grata pela parceria e compreensão.

Ao Pedro, agradeço pelo carinho, paciência e apoio.

À Professora Carolina, agradeço não somente a orientação, mas o exemplo profissional e dedicação aos alunos.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar como tem sido a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas. Tecidas as primeiras considerações acerca do enfoque jurídico destas, pretende-se angariar elementos que vão auxiliar na construção de um conceito amplo sobre o que são as políticas públicas, o que será de fundamental importância para relacioná-las com os Poderes do Estado, principalmente com o Poder Judiciário, objeto deste estudo. Será tratada a questão da legitimidade deste em atuar nesta seara, apresentando de forma sucinta algumas críticas, como a que sustenta que a ingerência nas questões políticas feriria o princípio da Separação do Poderes, e os argumentos favoráveis ao controle, por exemplo, a interpretação de que esta função decorre do próprio texto constitucional, em razão da missão que possui de garantir os direitos fundamentais dos indivíduos. Após, será o momento de enumerar os legitimados a provocar o Judiciário a se posicionar sobre questões relativas às ações de governo e os instrumentos necessários e aptos a possibilitar este controle, relacionando-os com os objetos passíveis de controle. Por fim, se buscará estabelecer os limites da atuação judiciária, para evitar que esta prestação incorra em excessos, onerosos aos cofres públicos, ou em falhas que possam determinar a sua cassação; e demonstrar os efeitos dela decorrentes. Não se pode esquecer da importância de apresentar, a título exemplificativo, alguns precedentes jurisprudenciais, para verificar como tem sido a posição dos Tribunais quanto a esta questão e a aplicação concreta dos elementos apresentados neste estudo.

SUMÁRIO

RESUMO	4
INTRODUÇÃO	6
1. POLÍTICAS PÚBLICAS: O QUE SÃO E QUAL É A SUA RELAÇÃO COM OS PODERES	
1.1.O que são políticas públicas e qual o seu enfoque jurídico	12
1.2. As políticas públicas e os Poderes Estatais	17
1.2.1. O papel do Poder Legislativo	18
1.2.2. O papel do Poder Executivo	22
1.2.3. O papel do Poder Judiciário	24
2. O QUE SIGNIFICA A PARTICIPAÇÃO JUDICIAL NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	
2.1. Os legitimados a provocar o Poder Judiciário para tomada de decisão no âmbito das políticas públicas	34
2.2. Os instrumentos de atuação do Poder Judiciário para o controle das políticas públicas	40
2.3. As espécies de controle	43
2.4 Os limites e os efeitos da atuação do Poder Judiciário.....	54
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

A frequência com que o Poder Judiciário vem sendo provocado a se manifestar sobre as políticas públicas, âmbito de competência originária dos Poderes Executivo e Legislativo, com a finalidade de se obter a real garantia dos direitos fundamentais elencados na Constituição da República torna essencial um estudo aprofundado sobre o tema, com o fito de investigar as possibilidades em que essa manifestação jurisdicional estaria viabilizada.

Tem-se que a procura pelo Poder Judiciário é fruto da deficiência da prestação das ações governamentais. Podemos citar como causas deste *déficit* os limites operacionais e orçamentários e a omissão por parte dos poderes estatais, sendo que é nesta lacuna que se vislumbra a atuação do Poder Judiciário em uma tentativa de garantir a proteção dos direitos e garantias fundamentais, principalmente a dignidade da pessoa humana, que não são efetivamente atingidos pelos programas do governo, ou que o são de forma não exaustiva.¹

A ação da justiça nessa situação se consubstancia em uma tentativa de ver o Estado obrigado a resguardar ao menos o mínimo necessário a uma vida descente à sua população.

O exercício das três funções do Estado deve se ater ao objetivo de assegurar maior efetividade aos princípios democráticos, bem como aos direitos e garantias fundamentais, para que as diretrizes constitucionais não se tornem apenas intenções e para resguardar a finalidade a que se propõem as políticas públicas.

¹ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

Sob este enfoque, verifica-se a necessidade de adequação do exercício das funções do Poder Judiciário, para assegurar a normatividade constitucional pelo controle das políticas públicas.²

Torna-se necessária a definição das políticas públicas, tratando da sua relação com o direito e especificando o papel de cada um dos Poderes neste cenário de implementação e controle destas ações governamentais, para depois tratar da possibilidade de controle pelo Poder Judiciário, a forma como se dará essa atuação e os limites que devem ser respeitados.

Sendo assim, mister se faz a especificação da função de cada um dos Poderes nesta matéria, funções estas limitadas pela própria Constituição Federal, o que evita abusos e torna mais claros os objetivos que devem ser alcançados.

Levantada a questão da atuação judiciária ainda é importante verificar quem são os legitimados a provocar o Poder Judiciário, que como se sabe é inerte e deve ser acionado para poder prestar a jurisdição. Sobreleva-se assim a ação, além da atuação direta da própria sociedade inclusive em demandas individuais, do Ministério Público principal responsável pela proteção dos direitos sociais (difusos e coletivos), titular da ação civil pública.

Partindo da análise dos papéis de cada poder e dando um maior enfoque a atuação do Poder Judiciário que é o ponto crucial desta pesquisa faz-se necessário traçar os limites, os pontos que a tornam embaraçosa, mas que devem ser respeitados por este Poder, sem que sejam invocados como forma de se eximir

² SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação Constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 2006.

da obrigação de se prestar as garantias constitucionais, sob pena de se consumir danos irreparáveis a sociedade.³

Como se vê, toda a problemática posta em pauta deve ser capaz de demonstrar a legitimidade ou não do juiz para efetuar o controle das políticas públicas, apresentando os instrumentos que poderá utilizar no caso concreto para efetivação do controle e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais envolvidos na discussão. Será necessário delimitar os poderes do juiz, para que este não se veja no lugar dos próprios governantes, tendo em vista que tal comportamento feriria a ordem democrática.⁴

Sobreleva-se esclarecer que neste esboço não será examinada de forma exaustiva toda a problemática que o tema envolve. Na verdade, a pretensão primordial da pesquisa é direcionar o foco para as formas de atuação do Judiciário no controle das políticas públicas, explorando os casos em que o controle é permitido, seus limites e efeitos.

Eis que insurge como vital resgatar os julgados dos Tribunais Superiores relativos a esta matéria para visualizar quais os critérios que vêm sendo utilizados. Com isso será possível qualificar as tendências para o desenrolar da matéria, de modo a formular considerações relacionadas ao exercício do controle, bem como levantar os problemas na prestação judicial, para angariar soluções a correta atuação do Judiciário.

³ COSTA, Flávio Dino de Castro e. **A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Revista Interesse Público. Porto Alegre: Notadez, Ano 6, n. 28, p. 64-90, nov./dez. 2004.

⁴ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

Cumpre ainda salientar que neste estudo a análise sobre as correntes favoráveis e contrárias ao tema será mitigada, abordada somente de forma superficial, pois parte-se do pressuposto, como será demonstrado em momento oportuno, que a função judiciária de intervir nas políticas públicas decorre do próprio texto constitucional.

Para a realização deste trabalho, constatou-se a necessidade de uma pesquisa bibliográfica centrada nos estudos jurídicos para fundamentar seus propósitos e também de uma pesquisa jurisprudencial para demonstrar de forma mais clara como tem atuado o Poder Judiciário.

Serão analisadas as funções de cada um dos Poderes no que diz respeito às políticas públicas, sendo que a atuação judiciária teve preponderância no estudo com vistas a dimensionar a sua posição diante do exercício jurídico e instigar o seu despertar para um judiciário mais efetivo na função de garantir os direitos fundamentais preconizados na norma constitucional.

A presente monografia será dividida em dois capítulos, com o fim de investigar o tema como acima foi exposto e alcançar uma conclusão.

No primeiro capítulo, será estudado o conceito e a finalidade das políticas públicas, dando especial atenção ao enfoque jurídico. Neste ponto se fará a relação entre as ações governamentais e os Poderes do Estado, demonstrando qual a função de cada um deles. Será tratada brevemente a problemática da separação dos poderes, muito citada pelos críticos deste tema, para que se possa passar a análise da legitimidade do Poder Judiciário em atuar neste âmbito.

No segundo capítulo, será demonstrado o significado da

participação judicial no controle das políticas públicas e incitada a discussão sobre quem são os legitimados a provocar o Judiciário para exercer esta função.

Ao refletir sobre esta questão, mister se faz apresentar quais são os instrumentos que se pode utilizar para suscitar a participação judiciária e indicar quais são os limites da prestação jurisdicional para se evitar que um Poder se sobreponha ao outro, o que não pode ser o objetivo do controle das ações governamentais.

Ainda neste capítulo, procurar-se-á demonstrar como tem sido a experiência judiciária no controle das políticas públicas e os seus efeitos. A intenção é demonstrar por meio de julgados dos Tribunais Superiores, como tem ocorrido a prestação jurisdicional demonstrando de que forma as questões que aqui serão analisadas são tratadas nas decisões judiciais.

Tem-se como objetivo apresentar ao leitor elementos que suscitem a reflexão sobre o tema no que diz respeito a efetiva participação do Judiciário e se esta será capaz de alcançar o fim a que se destina, que é uma melhora na prestação dos deveres do Estado.

É intenção desta pesquisa, ao seu final, propiciar adequada visualização dos limites da atividade jurisdicional do Estado em face das políticas públicas, buscar possíveis soluções para resolução dos problemas concretos de direito constitucional sobre o tema e demonstrar que o controle das políticas públicas é pressuposto para assegurar a efetividade dos enunciados constitucionais relativos aos direitos fundamentais.

Todavia, permanece a consciência de que este esboço não tem a

pretensão de esgotar o assunto, mas tão somente aquecer os debates e difundir reflexões no sentido da essencial atuação do Poder Judiciário, por meio do controle de políticas públicas, como mais uma forma expressiva de manifestação democrática no Estado Brasileiro.

CAPÍTULO 1: POLÍTICAS PÚBLICAS: O QUE SÃO E QUAL É A SUA RELAÇÃO COM OS PODERES

1.1 O QUE SÃO POLÍTICAS PÚBLICAS E QUAL O SEU ENFOQUE JURÍDICO

Estudar a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas pressupõe uma tentativa de conceituar o que são as políticas públicas dando enfoque principalmente à sua relação com o direito. É intenção deste capítulo levantar o maior número de informações sobre os elementos que as compõem, os objetivos e as finalidades, para se chegar o mais próximo possível de uma definição, da qual partiremos para relacioná-las com os demais poderes, o que nos permitirá delinear o campo de ação judiciária.

As ações de governo têm importância para o Direito e com ele devem ser relacionadas à medida que buscam formas de concretização dos direitos humanos, principalmente os direitos sociais⁵ (que englobam os direitos econômicos,

⁵ José Afonso da Silva conceitua os direitos sociais, “como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 32ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 286-287).

sociais e culturais)⁶, que devem ser vistos como direitos cuja principal função é assegurar o gozo dos direitos fundamentais de primeira geração (direitos individuais, de liberdade). Os direitos sociais reclamam prestações positivas do Estado e os embates sociais por esses direitos interessam precipuamente ao Poder Judiciário.⁷

Ainda quanto à importância de se relacionar as políticas públicas com o Direito, Bucci esclarece que em uma época em que o universo jurídico se alarga ante o abandono da concepção de que os direitos sociais e transindividuais deixam de ser “meras declarações retóricas e passam a ser direitos positivados em constituições e leis, em busca de efetividade”, seriam estas foco do interesse jurídico com vistas a agregar interesses e solucionar conflitos.⁸

Desta feita, pode-se verificar que o contato entre este tema de objeto eminentemente vinculado à Administração Pública (Poderes Executivo e Legislativo) e o sistema jurídico decorre da valorização da efetividade das normas constitucionais, caracterizada por prescrições com força vinculante sobre a conduta dos indivíduos e do Estado, decorrente da força normativa da Constituição.^{9/10}

Pode-se vislumbrar ainda que o Direito se aproxima das políticas públicas a medida que Estado deve estar direcionado a garantir os interesses sociais valendo-se daquele para tanto, visto que os objetivos implementados por

⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 03.

⁸ Idem. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

⁹ Importante destacar que oportunamente, quando se tratar da legitimação do Poder Judiciário para atuar no controle das políticas públicas, abordaremos esta questão de forma sucinta, porém um pouco mais aprofundada.

¹⁰ BUCCI, op. cit., p. 06.

meio de políticas públicas devem ser alcançados em observância às normas jurídicas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais. Assim, pode-se concluir que as políticas públicas encontram-se inscritas no direito.¹¹

Feitas tais considerações, pode-se passar a tentativa de explicar o que são as políticas públicas analisando os conceitos formulados por diversos autores, o que será de suma importância para o desenvolvimento deste trabalho, pois a partir dele se poderá tratar sobre a legitimidade do Poder Judiciário para atuação neste âmbito.

Appio se preocupa em estabelecer o que são as políticas públicas, pois estas possuem um sistema jurídico próprio, que não pode ser confundido com o dos demais atos administrativos, inclusive daqueles que as implementam e das diretrizes normativas em que se baseiam, evitando, assim, que a revisão daquelas seja uma mera reprodução da revisão dos atos administrativos.

Sustenta que as políticas públicas podem ser conceituadas como

“instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos”.¹²

A partir deste conceito o autor trata das políticas públicas como símbolo de planejamento social a partir da execução dos projetos governamentais, que se desenvolvem em duas frentes, uma de natureza social e a outra de natureza

¹¹ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. **Dimensão jurídica das Políticas Públicas**. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-52.

¹² APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 136.

econômica, mas ambas com um objetivo comum, qual seja o de desenvolvimento do país, por meio da melhoria das condições de vida de todos os seus cidadãos. Desta forma, pode-se observar que este se torna um dos motivos que eleva a judicialização do seu conteúdo.¹³

Já Figueiredo propõe o seguinte conceito sobre políticas públicas: “conjunto heterogêneo de medidas e decisões tomadas por todos aqueles obrigados pelo Direito a atender ou realizar um fim ou uma meta consoante com o interesse público” ou ainda como “programa de ação que tem por objetivo realizar um fim constitucionalmente determinado, são mecanismos imprescindíveis à fruição dos direitos fundamentais, inclusive os sociais e culturais”.¹⁴

Sobre esses aspectos, o autor apresenta a relação deste tema com o direito quando aborda que as políticas públicas estão “desenhadas” no próprio texto constitucional, que é eminentemente programático, pois traça planos, diretrizes e metas, o que em muitos casos leva a “justiciabilidade” desses direitos¹⁵, em consonância com o entendimento de Appio.

Outro conceito que seria de suma importância apresentar é o de Maria Paula Dallari Bucci que define as políticas públicas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e

¹³ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 136.

¹⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral**. Revista Interesse Público. Porto Alegre: Notadez, Ano IX, n. 44, p. 27-66, jul./ago. 2007.

¹⁵ Ibidem, p. 38.

politicamente determinados”.^{16/17} São assim diretrizes gerais que visam nortear tanto as ações dos indivíduos e organizações quanto as do Estado.

Ante tais considerações, pode-se vislumbrar as políticas públicas como instrumentos de ação dos governos, estabelecendo os padrões de conduta que deverão ser observados pela Administração, as metas e a finalidade coletiva, devem ser capazes de levar a uma melhora em algum ramo da sociedade, seja ele econômico, político ou social.¹⁸

As orientações para assinalar os objetivos pretendidos devem advir da lei e ser voltados ao alcance de objetivos coletivos, à realização de direitos. A eficácia das políticas públicas, portanto, depende do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais, pois uma boa articulação entre as estruturas organizacionais, recursos financeiros e figuras jurídicas é que são a chave para uma política pública bem sucedida.¹⁹

Apresentadas todas essas considerações pode-se arriscar um conceito próprio sobre as políticas públicas. Seriam estas ações de governo, que devem estar em consonância com o texto constitucional e com as normas infraconstitucionais, voltadas a concretização dos direitos fundamentais por meio de programas que tracem planos, diretrizes e metas, com a finalidade precípua de assegurar uma vida digna aos cidadãos e de melhorar os diversos ramos da

¹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

¹⁷ Importante frisar que em seu ensaio a autora esclarece que quando se fala em política não se trata de política partidária, mas sim de atividade de conhecimento e organização do poder, consideração que também deve ser levada em conta no presente trabalho.

¹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 252-253.

¹⁹ Ibidem, p. 249-250.

sociedade. Como estabelece Barcellos as “políticas públicas são indispensáveis para a garantia e a promoção de direitos fundamentais”.²⁰

Bucci ainda assinala que a realização das políticas públicas deve observar os parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, passando-se, desta forma, a serem reconhecidas pelo direito e consequentemente a gerarem efeitos jurídicos, inclusive os atos e omissões que as constituem.²¹

Pode-se concluir que as políticas públicas importam ao direito tendo em vista o seu objetivo de garantir aos cidadãos ao menos o mínimo necessário para uma sobrevivência digna por meio da efetivação dos direitos sociais e o dever de estar de acordo com as leis e a Constituição. Isto é, devem conviver com a legalidade o que é um dos fatores que possibilita a exigência do seu cumprimento em juízo.²²

1.2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E OS PODERES ESTATAIS

De maneira um pouco mais aprofundada, Oswaldo Canela Junior²³ analisa as políticas públicas, apresentando a sua relação com cada um dos Poderes Estatais, formulando o seguinte conceito:

“Por políticas estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendente a seus fins, de acordo com as metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p.23.

²¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37.

²² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 255-257.

²³ apud GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008.

Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado.

Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF).”

Neste contexto, assinala Barcellos que compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica, em particular, garantir e promover os direitos fundamentais, por meio de implementação de ações e programas (políticas públicas) e garantir a prestação de serviços. Sendo que ao legislador caberá disciplinar os temas de acordo com o texto constitucional e ao magistrado aplicá-lo, direta ou indiretamente.²⁴

Diante destas considerações verifica-se a importância de se especificar qual a função de cada um dos poderes no âmbito das políticas públicas, determinando e delimitando o papel de cada um deles para, a partir daí, abordar especificamente sobre o Poder Judiciário, principal ator deste trabalho, demonstrando, fundamentalmente como tem sido sua atuação. Este é o propósito dos próximos tópicos.

1.2.1 O papel do Poder Legislativo

Na distribuição do poder estatal cabe ao Poder Legislativo a função precípua de criação de normas jurídicas gerais e abstratas, as leis, cuja observância é obrigatória aos demais Poderes do Estado. As leis criadas devem obedecer às

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p.22-23.

limitações impostas pela Constituição da República, pelo próprio povo, e de certa forma pelo Poder Judiciário²⁵, como será demonstrado a seguir, no que concerne, precipuamente, às políticas públicas.

Importante frisar, antes de adentrar no tema específico da função legislativa ante as ações de governo, as limitações que devem nortear esta atuação face às garantias constitucionais, principalmente, no que diz respeito aos direitos fundamentais, tema fundamental para a elaboração de políticas públicas, tendo em vista que faz parte de seu próprio objeto.

Observa-se como uma primeira limitação à atuação legislativa a estrita observância ao disposto no texto constitucional, estando este poder impedido de alterar ou eliminar direitos instituídos pela Carta Magna. Também se verifica a objeção quanto a emendas constitucionais que tenha por objeto os direitos fundamentais. Outro instrumento importante para garantia destes direitos é o mandado de injunção²⁶, que tem como objetivo a proteção do titular do direito contra a omissão do legislador quanto à respectiva regulamentação, o que impede o seu exercício.²⁷

Ainda quanto às garantias dos direitos fundamentais face ao legislador, há a incidência dos instrumentos da democracia direta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Porém, observa-se que dentre os elementos limitadores da atuação legislativa temos o controle de constitucionalidade das leis, a que Rocha denomina como a “garantia das garantias”, de

²⁵ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 62-65.

²⁶ Este tema será estudado de forma mais aprofundada quando tratarmos dos instrumentos de atuação do Poder Judiciário para o controle das políticas públicas.

²⁷ ROCHA, op. cit. p. 62-65.

responsabilidade do Poder Judiciário, diante disto pode-se verificar o controle, acima citado, que este poder exerce sobre o legislador.²⁸

Trazendo o tema para o âmbito restrito das políticas públicas, tem-se que o Poder Legislativo possui legitimidade para definir, para cada período determinado, estas ações do governo e os programas de gastos que interessam a sociedade como um todo.

Tal legitimidade está expressa nos artigos 165²⁹, 166³⁰ e 174³¹, todos da Constituição da República³², sendo que este último dispõe sobre o planejamento, objeto das políticas públicas, que se trata de “pressuposto indispensável de todo programa de ação política, econômica ou social”³³, como determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Percebe-se da leitura destes artigos a ampliação da participação do Legislativo no que diz respeito à implementação das políticas públicas.

A ampliação das funções inerentes ao Poder Legislativo resta caracterizada pela atuação na alocação de recursos, consubstanciada nos artigos

²⁸ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 62-65.

²⁹ CF/88: “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais. §1º. A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. §2º. A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. (...)”.

³⁰ Este artigo trata da forma de processamento dos projetos de lei relativos ao PPA, à LDO e à LOA, e também aos créditos adicionais.

³¹ CF/88: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (...)”.

³² Brasil, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988. Vade Mecum – 5ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 57-59.

³³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 261.

165 a 167³⁴ da Carta Magna³⁵, elemento fundamental para implementação das políticas públicas delineadas pelo planejamento governamental ou delimitadas por lei.

A sua atuação deve ser capaz de demonstrar a capacidade de estabelecer metas visando à prestação de serviços, a ampliação de atendimentos, à realização de empreendimentos e à solução de problemas com o máximo de efetividade e economia de recursos.

Para isso este Poder se vale de alguns instrumentos para atuar na formulação, implementação e avaliação das políticas públicas, são eles o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual, que podem ser consideradas como meios para formalização das decisões sobre as ações governamentais e alocações de recursos.³⁶

Pode-se perceber a atuação do Legislativo também quando este convoca autoridades, requisita informações e realiza audiências públicas para obter dados sobre determinada necessidade que se pretende suprir com a implementação de uma ação governamental; quando investiga fatos por meio de suas Comissões Parlamentares de Inquérito; quando acompanha e fiscaliza os gastos se valendo de suas comissões permanentes, e ainda quando fiscaliza e

³⁴ Este artigo trata das vedações de realização de programas, despesas, obrigações, operações de crédito, etc., sem a devida inclusão no orçamento.

³⁵ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988. Vade Mecum – 5ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 57-59.

³⁶ SANCHES, Osvaldo Maldonado. **O Papel do Poder Legislativo na formulação de políticas públicas e no processo orçamentário**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.2.camara.gov.br/internet/orçamentouniao/estudos/artigos/Artigo230.pdf>. Acesso em: 10.mar.2009.

controla os atos do Poder Executivo, podendo, inclusive sustar aqueles que exorbitem o poder regulamentar ou as disposições legislativas.³⁷

Demonstra-se, desta forma, que a atuação legislativa é de suma importância no âmbito das políticas públicas, pois deve ser capaz de melhor definir as prioridades na ação do governo, a alocação adequada de recursos garantindo o interesse geral da sociedade e a efetividade destas, e uma melhor apreciação das políticas públicas propostas pelo Executivo adequando-as às diretrizes orçamentárias e ao Plano Plurianual.

1.2.2 O papel do Poder Executivo

O Poder Executivo, no exercício de sua função precípua, deve ser capaz de resolver os problemas concretos e individualizados, cabendo a ele a execução das leis, as atribuições políticas, colegislativas e de decisão (função de governo), e ainda o exercício de “três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público (função administrativa)”³⁸, nas quais pode-se vislumbrar o conteúdo das políticas públicas.

Deve-se tecer as mesmas considerações traçadas sobre o Poder Legislativo quanto às garantias constitucionais que devem ser respeitadas pelo Poder Executivo quando de sua atuação.

³⁷ SANCHES, Osvaldo Maldonado. **O Papel do Poder Legislativo na formulação de políticas públicas e no processo orçamentário**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.2.camara.gov.br/internet/orçamentouniao/estudos/artigos/Artigo230.pdf>. Acesso em: 10.mar.2009.

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 32ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 286-287).

Tem-se, desta forma, que este deve se pautar nos princípios constitucionais da legalidade, que se resume na exigência de submissão ao direito, respeitando fielmente os textos que definem suas atribuições, o que garante aos indivíduos o respeito dos direitos fundamentais; da reserva da lei, sendo vedado a este Poder utilizar-se de outros instrumentos que não a lei para regulamentação dos direitos fundamentais.³⁹

Por último, é importante destacar a possibilidade do controle jurisdicional dos atos do Executivo, neste caso caracterizado pelo poder de ação reconhecido a cada indivíduo ou ente coletivo, titular de direito fundamental, para se evitar qualquer espécie de violação ou ameaça a direito.⁴⁰

Tecendo-se essas primeiras considerações acerca da atuação do Executivo, que tem ligação direta com as políticas públicas, pois são questões que devem ser observadas na implementação destas ações, torna-se possível delinear de forma objetiva o papel deste Poder neste âmbito.

Cabe ao Executivo, em síntese, apresentar propostas de atuação, implementar as decisões tomadas pelo Legislativo sistematizadas na Constituição Federal e nas Leis (principalmente as orçamentárias LDO, PPA e LOA) e exercitar os atos de gestão a seu cargo, de modo a aumentar a eficácia do Governo e a efetividade de suas atividades. Este é responsável por decidir sobre os programas

³⁹ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 62-65.

⁴⁰ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 62-65.

de ação de governo que devem ser implementados ante a formulação das políticas públicas.⁴¹

Podemos dizer, assim, que compete ao Poder Executivo, precipuamente, a execução das políticas públicas por sua própria iniciativa, mas segundo as diretrizes e dentro dos limites aprovados pelo Legislativo. Ainda quanto à atuação da Administração, não se pode esquecer da possibilidade de delegação de funções pelos Poderes o que possibilita vislumbrar o “fenômeno da normatividade” do Poder Executivo, que o possibilita inclusive formular as ações de governo, como por exemplo por meio das medidas provisórias, instrumento garantido constitucionalmente.⁴²

Desta feita, torna-se claro que o Estado deve planejar seu orçamento e também suas despesas, o que envolve uma escolha racional e coletiva de prioridades, e a partir deste planejamento é que os agentes públicos poderão articular as ações de governos, estipulando os objetivos, programas, projetos e metas, que possibilitarão a efetividade das políticas públicas.⁴³

1.2.3 O Papel do Poder Judiciário

Na ótica do Poder Judiciário, verifica-se como função precípua a função jurisdicional que para José Afonso da Silva consiste em “aplicar o direito aos

⁴¹ SANCHES, Osvaldo Maldonado. **O Papel do Poder Legislativo na formulação de políticas públicas e no processo orçamentário**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.2.camara.gov.br/internet/orçamentouniao/estudos/artigos/Artigo230.pdf>. Acesso em: 10.mar.2009.

⁴² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 271-272.

⁴³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

casos concretos a fim de dirimir os conflitos de interesse”.⁴⁴ Porém, tal função não consiste somente em administrar a Justiça, a sua missão mais relevante é de “ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais poderes se tornariam vazios”.⁴⁵

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de forma mais específica, trata como função do Judiciário a de dizer o direito (sendo este o sentido de *jurisdictio*) podendo, por vezes apreciar os atos dos outros poderes, com vistas a assegurar o “império da lei”. Neste sentido é que apresenta o princípio da inafastabilidade do controle judicial quando se tem por objeto atos dos poderes Legislativo e Executivo que ferem direitos individuais.⁴⁶

Como já referido no capítulo anterior este é um dos pontos que relacionam as políticas públicas com o direito, tendo em vista que o objeto principal das ações de governo deve ter como base os direitos fundamentais, o que vincula, além dos poderes majoritários, o Judiciário, que deve aplicá-los de forma imediata, conforme preconiza o artigo 5º, §1º⁴⁷, da Constituição da República.⁴⁸

Quanto à atuação judiciária especificamente no controle das políticas públicas, é sabido que este tema ainda não é matéria pacificada entre doutrinadores e juristas. Sendo assim, é necessário apresentar alguns dos diversos

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 108.

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 433 e 434.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 192.

⁴⁷ Art. 5º, §1º, CF: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988. Vade Mecum – 5ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 10.

⁴⁸ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 66.

entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, procurando demonstrar como tem ocorrido a atuação judicial nesta seara, visando angariar argumentos que demonstrem a legitimidade judiciária para atuar no controle das políticas públicas.

É corrente o entendimento de que o Poder Judiciário, atuando em sede de políticas públicas, estaria invadindo a esfera de competência dos demais poderes, ferindo o Princípio da Separação dos Poderes. Sendo assim, mister se faz demonstrar qual o campo de atuação deste Poder, as hipóteses em que estaria legitimado a agir e em quais a sua ingerência estaria mitigada.

Sobre a Separação dos Poderes, Appio entende que esta se baseia na especialização das funções do Estado, como demonstrado acima quando se tratou resumidamente das atividades legislativas e executivas, porém não veda o exercício ocasional de determinada função por outro órgão. Diz, ainda, que é da própria natureza do Poder Judiciário interferir no exercício das atividades dos demais Poderes, por ser constitucionalmente responsável a verificar a adequação destas com a Constituição.⁴⁹

O autor destaca que a intervenção judiciária não pode ser vista como invasão à esfera legislativa ou administrativa, nos casos em que não há a “reserva absoluta da lei ou ainda quando a Constituição não houver reservado ao administrador (Executivo) a margem de discricionariedade necessária ao exercício

⁴⁹ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 149-150.

de sua função”. Neste caso, será esta atividade compatível inclusive com a democracia.⁵⁰

No mesmo sentido encontra-se o entendimento de Ada Pellegrini Grinover que defende a harmonização dos três Poderes Estatais “para que os objetivos fundamentais do Estado sejam alcançados”⁵¹, cabendo ao Judiciário “investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição (art. 3º⁵² da CF brasileira)”.⁵³ Defende, neste prisma, que sempre que os Poderes representativos ofenderem a integridade e a eficácia dos direitos fundamentais o Poder Judiciário deve atuar de forma a controlar tais atos.⁵⁴

Verifica-se, desta maneira, que o próprio texto constitucional estabelece vinculações mínimas entre os Poderes Estatais, principalmente no que diz respeito à promoção e proteção de direitos fundamentais.⁵⁵

A corroborar tal entendimento, Rocha, como demonstrado nos tópicos anteriores, destaca que em face das garantias constitucionais, o Poder

⁵⁰ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 149-150.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 169.

⁵² CF/88: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁵³ apud GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 169.

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 169-170.

⁵⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p.22.

Judiciário tem a prerrogativa de interferir nos demais poderes ante a existência de violação ou ameaça a direito. O autor sustenta que, em defesa de direitos fundamentais, existe a possibilidade de controle do Judiciário sobre os demais poderes, no que concerne à observância da Carta Magna e das Leis. Salienta que as garantias destes direitos são confiadas ao Poder Judiciário, que emitirá a palavra final em sua defesa, sendo necessário este aparato para que não fiquem apenas no plano das “declarações de intenções”.⁵⁶

Ainda sobre este enfoque destaca-se o estudo de Flávio Dino sobre a tripartição dos Poderes, no qual demonstra que a teoria proposta por Montesquieu não pretendia impor um modelo de Poderes “rigorosamente separados”, sendo sua preocupação a limitação do poder, que não deve ficar adstrito a uma única pessoa, o que hostilizaria a liberdade. A intervenção parcial de um Poder sobre o outro sempre se fez presente, não malferindo a liberdade pretendida por Montesquieu. Deste modo, não haveria incompatibilidade entre o exercício do controle jurisdicional sobre os demais Poderes e o princípio disposto no art. 2º⁵⁷ da Constituição da República⁵⁸, que estabelece Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

O autor acima referido afasta veementemente o princípio da Separação dos Poderes como óbice a atuação judiciária e indica que existem convites para a prática desta atividade. Seriam eles, entre outros, a exigência de

⁵⁶ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 69-70.

⁵⁷ CF/88: “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

⁵⁸ COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 64-90.

que o magistrado, na sua atividade jurisdicional não só aplique a lei, mas também que a interprete e crie formas de preencher as respectivas lacunas objetivando a melhor solução para dirimir os conflitos, tendo em vista que não é possível a legislação tratar de todos os fatos concretos.⁵⁹

Aborda o fato de que as constituições passaram a tratar não somente das garantias, mas também de programas vinculantes a serem obrigatoriamente observados por seus destinatários, principalmente pelo Estado, passando a servir como norte para as ações públicas, impregnando-as de compromissos como justiça, igualdade e bem-estar social. E mais especificamente no caso brasileiro, a Constituição pode ser vista como progressista, que nos leva a possibilidade de efetiva melhoria dos direitos humanos, promovendo as mudanças necessárias para garantia de uma vida digna.⁶⁰

Este convite ao Poder Judiciário o torna “mais partícipe na arena pública, ainda que se reserve um lugar central para os Parlamentos na densificação dos programas constitucionais”.⁶¹ Resta patente que esse “dirigismo constitucional”, consubstanciado no fato de a própria constituição atribuir novas tarefas ao Estado que devem ser obrigatoriamente observadas, leva ao “estabelecimento de novos parâmetros jurídicos de controle de validade das políticas públicas fortalecendo

⁵⁹ COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 64-90.

⁶⁰ COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 64-90..

⁶¹ COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 64-90..

ainda o controle sobre as omissões legislativas”,⁶² abrindo espaço para que a discricionariedade dos agentes públicos seja limitada pelo Poder Judiciário.⁶³

Retoma-se neste ponto as considerações feitas por Manoel Gonçalves Ferreira Filho sobre a função do Poder Judiciário, que consiste em dizer o direito, por vezes, apreciar o ato de outro Poder, sem, contudo, com a finalidade de controlar ou fiscalizar, mas tão somente para garantir o império das leis. Porém, pondera-se que não escapa do controle judicial a violação aos direitos individuais, ante o princípio da inafastabilidade do controle judicial,⁶⁴ enunciado pela Constituição da República em seu art. 5º, XXXV.⁶⁵

Ante tal premissa, Bucci defende ser inquestionável a possibilidade de apreciação de uma política pública pelas vias judiciais, tendo em vista que expressam direitos, porém devem estar excluídos “juízos acerca da qualidade ou adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública”.^{66/67}

Sendo assim, é permitido àqueles que seriam/serão atingidos pelos benefícios obtidos com a realização da norma, que atribui aos órgãos

⁶² COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 64-90.

⁶³ COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 64-90.

⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 192.

⁶⁵ Art. 5º, XXXV, CF: “a lei não excluirá a apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988. Vade Mecum – 5ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 9.

⁶⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31.

⁶⁷ Este tema será melhor estudado no capítulo em que trataremos dos limites que devem ser observados pelo Poder Judiciário na sua atuação no controle das políticas públicas.

governamentais o poder para realizar e alcançar objetivos, a cobrança da sua execução, a medida que trata-se de um direito subjetivo.⁶⁸

Importante frisar que é neste sentido que vem se posicionando o Supremo Tribunal Federal, como se pode vislumbrar da análise da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 45) de 29 de abril de 2004, da relatoria do Ministro Celso de Mello. Destaca-se pontos do julgado:

“(...) não se incluiu, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (...) Se tais poderes agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a existência digna e essências à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (...)”⁶⁹.

Diante de tudo o que foi exposto outra não pode ser a conclusão senão a de que a atuação do Judiciário no controle das políticas públicas não fere a concepção da tripartição dos Poderes e que tal função, ainda que ocorra somente

⁶⁸ DERANI, Cristiane. **Política Pública e a Norma Política**. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 137

⁶⁹ BRASIL. ADPF 45 MC/DF – Distrito Federal. Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento em: 29/04/04. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 08 fevereiro 2009.

em casos excepcionais, decorre da própria Constituição Federal e leva a uma crescente efetivação dos direitos fundamentais.

Como bem destaca Barros, citando Cappelletti, “na ausência de um controle judicial, o poder político se expõe mais facilmente ao risco de perversão”,⁷⁰ sendo a jurisdição meio legítimo e necessário à consolidação do Estado Democrático de Direito e conseqüentemente da concretização das políticas públicas.⁷¹

Pode-se concluir que ante uma patente violação a um direito fundamental, individual ou coletivo, resultante da implementação de uma política pública, tem legitimidade para autuar o Poder Judiciário de forma a determinar a interrupção desta, no caso de “ineficiência ou omissão parcial, ou a sua formulação e execução, no caso de omissão total”.⁷²

Importante, no entanto, será estabelecer os limites da atuação judiciária, para que não se deturpe de forma exagerada o modelo de Separação dos Poderes, passando o Judiciário a atuar, não só de forma excepcional, mas de forma a usurpar a competência dos demais poderes, o que prejudicaria um de seus objetivos principais que é o exercício democrático das funções estatais e a concretização dos direitos fundamentais.

⁷⁰ apud BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed. 2008. p. 82.

⁷¹ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed. 2008. p. 82-83.

⁷² COURA, Alexandre de Castro e SOUSA, Pedro Ivo de. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf>. Acesso em 20.fev.2009.

Além de elencar os limites que devem ser respeitados pelo Poder Judiciário é imprescindível apresentar quem são os legitimados a provocar tal poder a exercer sua jurisdição em sede de políticas públicas, demonstrando, ainda, quais são os instrumentos hábeis a incitar a atividade judiciária.

CAPÍTULO 2: O QUE SIGNIFICA A PARTICIPAÇÃO JUDICIAL NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 OS LEGITIMADOS A PROVOCAR O PODER JUDICIÁRIO PARA TOMADA DE DECISÃO NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como é sabido, o Poder Judiciário é inerte e só exerce sua jurisdição quando provocado. Sendo assim, é imprescindível, para este estudo, que visa principalmente demonstrar como tem sido a atuação judiciária na análise das ações de governo, elencar quem são os legitimados, isto é, quem tem interesse de agir para provocar a atuação judiciária para analisar as políticas públicas.

Tal tema é intimamente ligado aos instrumentos de controle, quais sejam as ações cabíveis, para este exercício de Poder, porém, cabe frisar, que primeiramente prender-se-á a elencar os principais atores capazes de movimentar o Judiciário, para no próximo sub-capítulo enumerar quais são os mecanismos adequados de controle.

Diante disso, apresentar-se-á de forma sucinta algumas ações cabíveis, pois dependendo da ação o rol de legitimados é diferenciado, para depois, tecer maiores considerações sobre cada uma delas.

Ada Pellegrini traz a Lei de Ação Popular como um importante marco de abertura ao Judiciário da apreciação do mérito do ato administrativo, porém esclarece que foi a própria Constituição da República que “trouxe a

verdadeira guinada” nesta seara, conforme se depreende da redação do art. 5º, LXXIII.⁷³

“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência”.⁷⁴

Tem-se assim, uma visão geral de legitimidade, sendo lícito a qualquer cidadão provocar o Judiciário visando, inclusive, a anulação ou correção de ato administrativo que prejudique o alcance dos objetivos fundamentais (art. 3º, CF), que devem ser implementados por meio das políticas públicas, como demonstrado nos capítulos anteriores.

A referida autora defende que existem “demandas individuais com efeitos coletivos” na medida em que permitem a proteção de interesse ou direitos difusos e coletivos. Para defender este entendimento se baseia no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor (“para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”), c/c art. 21 da Lei da Ação Civil Pública (“aplicam-se à defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”).⁷⁵

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 168.

⁷⁴ apud GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 168.

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 181-183.

Sendo assim, é perfeitamente cabível o entendimento de que “mesmo na tutela jurisdicional exclusivamente individual é aplicável o princípio de que são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva proteção de qualquer direito ou interesse”.⁷⁶

Diante de todo este raciocínio, tem-se o entendimento de que a norma do art. 83, do CDC é “auto-aplicável”, podendo inclusive incidir sobre todos os direitos e interesses mesmo que estejam “fora das relações de consumo”,⁷⁷ e citando Watanabe, traz o tema para o âmbito das políticas públicas, legitimando o uso de “qualquer tipo de ação – coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual – para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle (e a possível intervenção) das políticas públicas”.⁷⁸

Verifica-se, de todo o exposto, que se tem o primeiro legitimado a provocar o Poder Judiciário, o cidadão individualmente, com o intuito de servir para implementação ou correção de uma política pública. Ada, porém, alerta quanto ao uso exacerbado deste instrumento, sem que se observem os limites a este controle,⁷⁹ pois não se pode deturpar a sua função de correção das ações de governo para atender a interesses particulares como, por exemplo, acontece em

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 181-183.

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 182.

⁷⁸ Apud, GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 182.

⁷⁹ Tais limites serão apresentados de forma específica nos próximos capítulos.

virtude de julgados desarrazoados que concedem ao autor da demanda individual acesso a tratamentos médicos caros, sobrecarregando o erário.⁸⁰

Outra importante atuação tem sido a do Ministério Público, considerado como “agente mais importante de defesa dos direitos coletivos pela via judicial”,⁸¹ que corriqueiramente vem movimentando o Judiciário para

“avaliar políticas públicas, notadamente no que diz respeito a direitos sociais, econômicos e culturais, quer em função das obrigações e direitos constitucionais diretamente sacados da Constituição, quer em razão de omissão, ilegalidade, desvio de poder ou irrazoabilidade (gênero) dos poderes públicos no cumprimento das metas constitucionais e infraconstitucionais”.⁸²

Como é sabido, a Constituição da República 1988 “fortaleceu a instituição do Ministério Público, atribuindo-lhe a qualificação de órgão essencial à função jurisdicional, para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.⁸³

Sendo assim, mostra-se clara a necessidade de atuação do *parquet* de forma conjunta com os cidadãos, agindo por meio de representação ou de ofício, para defesa do regime democrático, da ordem jurídica e do patrimônio público, da sociedade e para o controle dos gastos públicos.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 182.

⁸¹ ARANTES, Rogério Bastos. **Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 14, n.39, São Paulo, Fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 11 março 2009.

⁸² FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral**. Revista Interesse Público. Porto Alegre: Notadez, Ano IX, n. 44, p. 65, jul./ago. 2007.

⁸³ SANTOS, Jair Lima. **O Tribunal de Contas da União e Controles Estatal e Social da Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 70.

A competência deste órgão está especificada no art. 129 da Constituição Federal⁸⁴ e na Lei Complementar 75/93, que trata inclusive da atuação no âmbito administrativo, prevenindo ilegalidades e corrigindo os atos administrativos, o que importa para o controle das Políticas Públicas.

Dentre suas atribuições podemos vislumbrar a sua atuação como fiscal da lei, na hipótese de não se apresentar como parte nos processos, em que deve observar a aplicação normativa concretamente nos casos em que envolva direitos individuais indisponíveis;⁸⁵ como “órgão interveniente” ou propriamente como titular da ação. Em se tratando de políticas públicas, funciona como titular da ação civil pública, com o nítido intuito de defesa de direitos difusos e coletivos.⁸⁶

Importante frisar que esta ação não é exclusiva do Ministério Público, pois também pode ser ajuizada pela União, Estados e Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, trata-se, desta forma, de competência concorrente. Porém, como corriqueiramente, nas discussões envolvendo as ações de governos, tem-se no pólo passivo da demanda um destes entes citados, tem o Ministério Público maior destaque em seu uso.⁸⁷

⁸⁴ Destaco: Art. 129 – “São funções institucionais do Ministério Público: III – Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”. Brasil, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988. Vade Mecum – 5ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 45

⁸⁵ Na lição de José Afonso da Silva “(...) são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis.” SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 32ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 181.

⁸⁶ ARANTES, Rogério Bastos. **Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 14, n.39, São Paulo, Fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 11 março 2009.

⁸⁷ ARANTES, Rogério Bastos. **Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 14, n.39, São Paulo, Fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 11 março 2009.

O papel do MP passou de institucional para de “defensor da cidadania” devendo ser o elo entre a sociedade e o Judiciário, o que possibilita um maior acesso a justiça. A atuação ministerial deve se pautar no alcance dos direitos constitucionais combinado com a “obrigatoriedade da prestação dos serviços de relevância pública pelo Estado”, devendo cuidar do efetivo cumprimento daqueles.⁸⁸

Figueiredo destaca que ampliar o controle da legalidade dos atos públicos e a eficiência dos programas governamentais não diz respeito somente a atribuir legitimidade a algumas pessoas para agir em juízo, mas sim provocar os destinatários das normas constitucionais a participarem das decisões administrativas.⁸⁹

Tem-se, ainda, que o órgão ministerial pode atuar juntamente com o Tribunal de Contas fiscalizando a aplicabilidade dos gastos públicos e a sua adequação com as diretrizes orçamentárias, elementos de suma importância para implementação das políticas públicas e conseqüentemente para garantia de sua efetividade.⁹⁰

O controle social das políticas públicas ainda pode ser feito pelo Tribunal de Contas a quem compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, Estados e Municípios e do Distrito Federal, e das entidades da administração direta e indireta, também nos três níveis de governo – sendo importante frisar que este não tem capacidade de

⁸⁸ ARANTES, Rogério Bastos. **Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 14, n.39, São Paulo, Fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 11 março 2009.

⁸⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral**. Revista Interesse Público. Porto Alegre: Notadez, Ano IX, n. 44, p. 44, jul./ago. 2007.

⁹⁰ SANTOS, Jair Lima. **O Tribunal de Contas das União e Controles Estatal e Social da Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2003.

provocar o Judiciário a se posicionar sobre determinada política pública, seu controle é autônomo –, por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, por organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento a pelo menos um ano, em defesa dos interesse de seus membros ou associados, titulares esses do mandado de segurança, e estas últimas também da ação civil pública.⁹¹

Apresentados os principais personagens capazes de movimentar o Judiciário para atuar no controle das políticas públicas, destacando-se entre eles, a sociedade como um todo, seja representada por um cidadão individualmente ou com auxílio ou representação do Ministério Público para defesa dos direitos coletivos, necessário se faz elencar os instrumentos processuais aptos a ensejar a manifestação judiciária.

2.2 OS INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O chamamento do Judiciário para atuação no âmbito das políticas públicas também pode ser vislumbrado na medida em que a própria Constituição instituiu o sistema mais largo de garantias em favor de sua autoridade e aos direitos dos cidadãos, devendo este atuar mais intensamente no arbitramento dos conflitos de forma quase que ilimitada.⁹²

⁹¹ CUNHA, Sheila Santos. **O Controle Social e seus Instrumentos**. Disponível em: < http://200.194.97.7/2009/controlesocial/download/saibamais/FDR_CONSTROLESOCIAL_INSTRUMENTOS.pdf>. Acesso em: 27 agosto 2009.

⁹² COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 75.

Dentre tais garantias, que podem ser vistas como instrumentos de ação do Poder Judiciário, podemos citar os Controle de Constitucionalidade das leis (ADC), as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn), instrumento que tem sido largamente utilizado para alteração de políticas públicas, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista no art. 102, §1º da Constituição Federal⁹³ e regulamentada pela Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Este último é um importante instrumento no tocante ao controle e implementação de políticas públicas, isso porque atinge diretamente os direitos fundamentais que devem ser observados e garantidos pelas ações do governo.⁹⁴

Outros importantes instrumentos são o mandado de segurança coletivo⁹⁵ e o mandado de injunção⁹⁶, “destinado a proteger o cidadão das omissões dos legisladores”.⁹⁷

Pode-se citar ainda a Ação Civil Pública, que tem produzido importantes efeitos no controle da conduta comissiva ou omissiva da Administração,

⁹³ CF/88: “Art. 102, §1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

⁹⁴ COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 75.

⁹⁵ O mandado de segurança coletivo poder ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, CF). José Afonso da Silva que tal remédio pode ser usado para defesa de direito subjetivo individual, sendo exigido, neste caso, o requisito do direito líquido e certo; na defesa de interesse coletivo e de interesse coletivo difuso, exigindo-se, ao menos a ilegalidade e a lesão do interesse que o fundamenta. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 32ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 181).

⁹⁶ Dispõe o art. 5º, LXXI da CF: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988. Vade Mecum – 5ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 10.

⁹⁷ COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 75-77.

isso porque tem largo alcance, podendo ser aplicada para “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos”, conforme se depreende da leitura do artigo 129, III, da Constituição Federal.⁹⁸ Esta ação tem resultado inclusive na implementação de algumas políticas públicas.⁹⁹

Barros destaca que a Ação Civil Pública tem papel relevante na fiscalização judicial das políticas públicas, já que estas são instrumentos de efetividade de muitos direitos difusos e coletivos, sendo esta a sede mais adequada para se debater sobre as questões envolvendo as ações de governo, sobretudo as questões orçamentárias, indispensável a concretização das metas do governo.¹⁰⁰

Foram enumerados diversos mecanismos aptos a demandar a proteção dos direitos inseridos nas ações governamentais, porém nesta seara Ada Pellegrini destaca que:

“é certo que os direitos coletivos (*latu sensu*) gozam de instrumentos processuais específicos de proteção: Lei da Ação Civil Pública, Mandado de Segurança coletivo, Ação popular, Ação de Improbidade Administrativa, mas é certo também que, por intermédio de uma demanda individual, podem ser protegidos direitos e interesses coletivos¹⁰¹ *latu sensu*.”¹⁰²

⁹⁸ CF/88: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...); III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, de meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...)”.

⁹⁹ COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 75-77.

¹⁰⁰ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008. p. 201/204.

¹⁰¹ Ada Pellegrini destaca que o conceito de interesses difusos e coletivos está descrito o art. art. 81, I e II, do Código de Defesa do Consumidor. GRINOVER, Ada Pellegrini, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 184.

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 182.

Ante todo o exposto, e como bem destacado no capítulo anterior, conclui-se que “qualquer tipo de ação – coletiva, individual, com efeitos coletivos ou meramente individual – pode ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle e a possível intervenção em políticas públicas.”¹⁰³

Apresentados os instrumentos judiciais que possibilitam a atuação judiciária no âmbito das políticas públicas, passa-se a relacioná-los com os objetos das ações de governo que podem ser controlados, isto é, procurar-se-á demonstrar qual o instrumento mais adequado para cada espécie e objeto de controle, tema do próximo sub-capítulo.

2.3 AS ESPÉCIES DE CONTROLE

Barcellos salienta que há uma ação correspondente para cada tipo de controle que pode ser efetuado. Para isto deve-se analisar o “objeto específico a ser controlado”, isto é, “saber que conduta ou bem será exigido, de quem e sob que fundamento” e qual o tipo de controle que será utilizado, adequando-se o “ambiente processual no qual a discussão será posta e, conseqüentemente, os efeitos objetivos e subjetivos de eventuais decisões proferidas”.¹⁰⁴

Dentre os objetos que são passíveis de controle, sendo os dois primeiros relativos ao conteúdo das políticas públicas e os três últimos sobre o processo de decisão e execução destas, a citada autora destaca:

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 186.

¹⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p.35.

“(…) (i) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; (…) (ii) do resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor (...); (iii) a quantidade de recursos a ser investida, em termos absolutos ou relativos, em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais; (iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e (v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade”.¹⁰⁵

O primeiro objeto de controle citado por Barcelos também é tratado por Appio e Barros, como a espécie mais temerosa por parte dos doutrinadores, pois, como visto, diz respeito à fiscalização da definição das *policies*, ato discricionário dos Poderes Executivo e Legislativo¹⁰⁶ e que limita a atuação judiciária como se verá a seguir.

O autor afasta, porém, a impossibilidade de atuação do Judiciário nesta seara, como defendido por parte da doutrina sob o argumento do risco de se criar um “governo de juízes ou mesmo de instalação de uma perniciosa aristocracia jurídica”, por entender que este controle decorre da necessidade de planejamento da gestão pública e de fornecer maior efetividade aos ditames constitucionais ligados à implementação de direitos sociais, econômicos e culturais.¹⁰⁷

Appio, também neste ponto, destaca que a substituição do legislador e do administrador público pelo juiz não se mostraria razoável, pois poderia malferir a ordem democrática. Por isto, ao atuar o juiz deve estar atento aos casos em que a Constituição expressamente permite a interferência de um poder

¹⁰⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p.35.

¹⁰⁶ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008. p. 174.

¹⁰⁷ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008. p. 175.

sobre o outro. A intervenção judicial estará legitimada materialmente nos casos em que os poderes eleitos se afastarem dos programas propostos, por ser expressa a necessidade de proteção do sistema representativo.¹⁰⁸

No caso concreto este controle estará autorizado quando houver incompatibilidade da LOA com a LDO e o PPA, quando for necessária a verificação do cumprimento das normas constitucionais que impõem vinculação dos recursos públicos com determinadas áreas de interesse social, inclusive determinando que se resguarde verba no próximo exercício para concretização de determinada política pública. Também poderá ocorrer nos casos em que houver uma omissão total ou parcial por parte do Poder Público quanto a programas sociais exigidos diretamente pela Constituição da República, ou, excepcionalmente, quando uma política já formulada é patentemente ilícita, ferindo claramente os princípios constitucionais (eficiência, moralidade, razoabilidade).¹⁰⁹

A título exemplificativo, destaca-se dois julgados do STF, um relativo a políticas de educação e o outro, a políticas de saúde, em que foi reconhecida a omissão estatal ante a garantia destes direitos sociais, determinando-se, no primeiro caso, a implementação de sistema de educação (creche e pré-escola) aptos a atender a demanda do município e, no segundo, o fornecimento de medicamentos às pessoas carentes portadores de HIV. Destaca-se:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA –

¹⁰⁸ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 149-150.

¹⁰⁹ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008. p. 177/193.

EDUCAÇÃO INANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF ART. 208, IV) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 2111, §2º) – RECURSO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidade de pré-escola, sob pena de configurar inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio teto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 2111, §2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses da políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a compreender a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.”¹¹⁰

¹¹⁰ BRASIL. AgRg 410.715-5/SP – São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento em: 22/11/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 20 fevereiro 2009.

“AIDS/HIV. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM A TUTELA CONSTITUCIONAL DA SAÚDE CF, ART. 196). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- A legislação que assegura, às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõem ao Poder Público a obrigação de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Precedentes (STF).

- O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional.

- O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República.”¹¹¹

O primeiro e o segundo objetos de controle se correlacionam na medida em que o controle do resultado final somente ocorrerá caso as metas traçadas pelo Executivo e Legislativo no orçamento ou na execução orçamentária não sejam alcançados. O “pressuposto” destes dois objetos é a existência do resultados esperados e exigíveis das políticas públicas, isto é, estas devem “necessariamente” oferecer à população bens ou serviços que são o conteúdo da política analisada.¹¹²

¹¹¹ BRASIL. AgRg 271.286/RS – Rio Grande do Sul. Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento em: 12/09/00. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 24 agosto 2009.

¹¹² BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p.36.

Neste sentido é que os Poderes Públicos tem o “dever jurídico” de incluir em seus orçamentos pautas que visem atender a necessidade da população, isto é “metas relacionadas com o oferecimento” dos serviços sociais, como educação, saúde, saneamento.¹¹³

Em não sendo observadas essas metas temos o primeiro objeto de controle, porém se os bens ou serviços não forem oferecidos vislumbra-se o segundo objeto, já que afigura-se a possibilidade de estes serem exigidos diretamente, em razão de serem estes o resultado final esperado das políticas públicas por se tratar de direitos fundamentais¹¹⁴.

Aqui, porém, cabe uma ressalva acerca da abrangência do resultado final esperado e necessário das ações governamentais para os diversos direitos fundamentais, para evitar graves repercussões operacionais. Haverá serviços que constituem um direito subjetivo e por isso mesmo um resultado esperado das políticas públicas, como, por exemplo, a educação, mas também haverá aqueles em que esta adequação será um pouco mais complicada, como é o caso da saúde, em que a gama de procedimentos disponível no mercado é ampla, sendo inviável exigir recursos ilimitados para atender a todos.^{115/116}

¹¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p.36/37.

¹¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p.36/37.

¹¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p.37.

O controle do resultado esperado das políticas públicas poderá ocorrer tanto no âmbito das ações individuais, quanto no âmbito das ações coletivas, sendo que estas conferem um maior aproveitamento, eis que discutem a questão posta de maneira geral, atingindo um maior número de pessoas e fornecem uma visão mais específica dos recursos disponíveis e do planejamento estatal.¹¹⁷

As ações coletivas também vão se prestar ao controle da fixação de metas pelo Poder Público, e caso a lei orçamentária em sua abrangência não contemple meta obrigatoriamente estipulada no texto constitucional seria o caso de se provocar uma discussão acerca desta por meio de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) ou de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).¹¹⁸

O terceiro objeto passível de controle citado pela autora diz respeito a quantidade de recursos a ser investida. A própria Constituição já estabelece o mínimo a ser investido em determinadas áreas, sendo, neste caso, o controle imediato; mas os Poderes Públicos, dentro de sua discricionariedade, também podem estabelecer prioridades, se “juridicamente consistentes”, isto é, se existe

¹¹⁶ Neste prisma, Barcellos cita que em outro estudo sustenta a possibilidade de controle de ao menos quatro conjuntos de bens/serviços, quais sejam saúde básica, que engloba saneamento, atendimento materno-infantil, ações de medicina preventiva e prevenção epidemiológica; educação fundamental; assistência aos desamparados e acesso à justiça. Entende a autora que estes direitos constituem o resultado final esperado das políticas públicas determinadas pela Constituição da República. BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p.37.

¹¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p.51/52.

¹¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p.52.

uma justificação plausível para a adoção destas, e, em sendo estas exigíveis poderá incidir o controle judicial.¹¹⁹

Aqui também se mostram mais adequadas a ensejar o controle judicial as ações coletivas, por se tratar de direito difuso, e a ADIn ou a ADPF, visando a correção da invalidade gerada pela inobservância da destinação dos recursos e o fim esperado, que é regra constitucional.¹²⁰

O segundo e terceiros objetos de controle acima mencionados dizem respeito, na concepção de Appio e Barros ao controle da execução das políticas públicas. Questão que entendem ser mais tranqüila que quanto ao primeiro objeto de controle, pois dependem da prática dos atos administrativos,¹²¹ não havendo tanto risco de se adentrar na esfera política.¹²²

Caberá ao Judiciário fiscalizar a atividade administrativa¹²³ verificando a adequação entre o que se pretende realizar ou que se está realizando com o orçamento destinado a tal situação.¹²⁴

Appio ainda destaca que a revisão judicial deverá ainda estar erigida em alguns pressupostos como a previsão da política social em lei ou na

¹¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p.38/39.

¹²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p.52/53.

¹²¹ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008. p.193.

¹²² APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 167.

¹²³ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 167.

¹²⁴ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008. p.194/195.

Constituição e ser correspondente à direitos coletivos, a não implementação desta por parte do Poder Executivo ou a implementação sem observar os ditames do princípio da isonomia.¹²⁵

Há ainda o controle do atingimento ou não das metas fixadas pelo Poder Público que busca, essencialmente, obter subsídios mais consistentes para estimular o debate e controle sociais acerca da gestão das políticas públicas, por meio da publicidade do cumprimento das metas estabelecidas e das justificativas de suas opções, ou por meio de prestações de contas, nos casos em que não haja informação sobre o cumprimento ou não exista meta previamente estabelecida. A finalidade aqui não é controlar o conteúdo das metas, estas, em tese, já terão sido definidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, o que se pretende é o que a autora chama de “controle instrumental”.¹²⁶

Este pode ser entendido, como na visão de Barros, como o controle da transparência das políticas, que assegura o direito à informação adequada sobre elas. Salienta que somente será possível a ocorrência dos outros controles citados se houver o livre acesso ao conhecimento sobre as políticas públicas.¹²⁷

¹²⁵ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 167.

¹²⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p.41/43.

¹²⁷ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008. p.198.

É este controle, inclusive, que irá possibilitar a obtenção de melhores resultados, tanto para a atuação judiciária quanto para a prestação dos direitos sociais pelo Estado.¹²⁸

Barcellos cita que quanto a este controle por vezes já foi reconhecido aos cidadãos a prerrogativa de obter informações e subsídios para o controle das políticas públicas conforme se verifica do seguinte precedente:

“EMENTA: DIREITO DE ACESSO A DOCUMENTOS PÚBLICOS. PRERROGATIVA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XXXIII). DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DE DESPESAS PÚBLICAS. VERBA INDENIZATÓRIA DO EXERCÍCIO PARLAMENTAR. IMPRENSA. PRETENSÃO DE ACESSO A TAIS DOCUMENTOS. LEGITIMIDADE. MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. PODER-DEVER DE TRANSMITIR, AO PÚBLICO, INFORMAÇÕES DE INTERESSE COLETIVO OU GERAL (CF, ART. 220, § 1º, C/C O ART. 5º, IV E XIV). LIMINAR MANDAMENTAL DEFERIDA. - Assiste, aos cidadãos e aos meios de comunicação social ("mass media"), a prerrogativa de fiscalizar e de controlar a destinação, a utilização e a prestação de contas relativas a verbas públicas. O direito de receber, dos órgãos integrantes da estrutura institucional do Estado, informações revestidas de interesse geral ou coletivo qualifica-se como prerrogativa de índole constitucional, sujeita, unicamente, às limitações fixadas no próprio texto da Carta Política (CF, art. 5º, XIV e XXXIII). - Os postulados constitucionais da publicidade, da moralidade e da responsabilidade - indissociáveis da diretriz que consagra a prática republicana do poder - não permitem que temas, como os da destinação, da utilização e da comprovação dos gastos pertinentes a recursos públicos, sejam postos sob inconcebível regime de sigilo. Não custa rememorar que os estatutos do poder, numa República fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério, eis que a legitimidade político-jurídica da ordem democrática, impregnada de necessário substrato ético, somente é compatível com um regime do poder visível, definido, na lição de BOBBIO, como "um modelo ideal do governo público em público". - Ao dessacralizar o segredo, a nova Constituição do Brasil restaurou o velho dogma republicano e expôs o Estado, em plenitude, ao princípio democrático da publicidade, cuja incidência -

¹²⁸ BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008. p.198.

sobre repudiar qualquer compromisso com o mistério - atua como fator de legitimação das decisões e dos atos governamentais”.¹²⁹

Por fim, há o controle da eficiência mínima na aplicação dos “recursos públicos investidos ou destinados a políticas públicas relacionadas com direitos fundamentais”. Na medida em que o dever de eficiência é preconizado pelo texto Constitucional, dúvidas não pairam quanto a possibilidade de controle pela via judicial.¹³⁰

Barcellos destaca que este tipo de controle não se relaciona com a quantidade de recursos que será investida, nem mesmo com as prioridades nomeadas pelo Poder Público. O que se pretende é verificar a aplicação dos recursos destinados a uma área definida, examinar o que se fez especificamente com estes recursos, qual o resultado produzido, se existe uma relação de “eficiência mínima” entre o que foi investido e o resultado alcançado, para se aferir se não houve desperdício, desvio, ou se o investimento realmente custa o valor que foi utilizado para aquele fim.¹³¹

Para este tipo de controle pode ser necessário o uso de “parâmetros externos”, isto é, buscar no mercado os valores reais dos custos de determinado investimento realizado pelo Poder Público. Também é de suma importância que a Administração “otimize o emprego dos meios a ela disponíveis

¹²⁹ BRASIL. MS 24725 MC / DF - DISTRITO FEDERAL - Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento em: 28/11/2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 24 agosto 2009.

¹³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p.43.

¹³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p. 43.

para, com eles, obter os melhores resultados possíveis”, neste sentido que a “economicidade”, isto é, “a relação custo/benefício” deverá ser sempre observada.¹³²

O objetivo principal deste tipo de controle é evitar as políticas públicas notadamente ineficientes ou ainda possibilitar a punição do agente público que conduz essas ações claramente ineficientes ou que dê destinação claramente criminosa aos recursos públicos.¹³³

Estes dois últimos objetos de controle poderão ter como instrumentos para seu exercício as ações coletivas.¹³⁴

Apontadas as espécies de controle judicial, relacionando-se seu objeto com o instrumento jurídico necessário a proporcionar uma demanda judicial, necessário se faz, neste momento, apresentar os limites em que esbarra a atuação judiciária no âmbito das políticas públicas.

2.4 OS LIMITES E OS EFEITOS DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A atuação Judiciária encontra algumas limitações no que diz respeito à análise de políticas públicas, importantes para se evitar os excessos e os abusos na prestação judicial.¹³⁵

¹³² BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p. 44.

¹³³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p. 45.

¹³⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006. p. 53.

Importante destacar que a inobservância dos limites do controle do Poder Judiciário sobre as políticas públicas, poderá ensejar sua revisão pelos órgãos judiciais superiores culminando, possivelmente, na cassação da decisão deixando novamente desamparado o cidadão que buscou a proteção de um direito fundamental por esta via.

Parte da doutrina, representada por autores como Barcellos, Grinover, Figueiredo e Costa citados neste trabalho, apresenta correntemente, entre os limites, a garantia do mínimo existencial, a razoabilidade, isto é, a necessidade de se observar o princípio constitucional da proporcionalidade¹³⁶ e a reserva do possível.

Os direitos que exigem a formulação de políticas públicas por parte do Estado, aqueles considerados o objetivo fundamental deste, apresentam um “núcleo central, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana”.¹³⁷

Ada Pellegrinni entende como o mínimo existencial o “direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado”.¹³⁸ Citando Barcellos, a autora ainda destaca que este “é formado pelas condições básicas para a existência e corresponde à parte do princípio da

¹³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 178.

¹³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 173.

¹³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 172.

¹³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 173.

dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica e simétrica, podendo ser exigida judicialmente em caso de inobservância”.¹³⁹

Assim, a decisão judicial deve estar adstrita a garantia do mínimo necessário para que o cidadão tenha uma existência digna. Sendo este estipulado pela Constituição da República e havendo a omissão do Legislativo e Executivo, deve o Judiciário intervir para proteger o direito do cidadão.

Porém, não se pode extrapolar os contornos da previsão constitucional, estipulando, por exemplo, as formas como deve ser implementado tal direito, pois não se tem os elementos mínimos necessários para se verificar a adequação orçamentária com o direito pretendido, sob pena de se onerar o erário.

Em sendo necessária a intervenção Judiciária no controle das políticas públicas, alguns critérios devem ser observados. Grinover destaca a razoabilidade que deve pautar os atos administrativos, a aplicação direta do princípio da proporcionalidade conceituado na “busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”.¹⁴⁰

A ação do governo, no uso de sua discricionariedade, deve ser pautada pelo atendimento ao fim desejado pela sociedade, deve se utilizar meios suficientemente aptos a alcançar os objetivos pretendidos.

A conduta deve ser adequada ao fim a que se destina, dentre as opções possíveis deve ser escolhida aquela menos onerosa ao cidadão e o meio

¹³⁹ Apud, GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 173.

¹⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 173.

utilizado para sua consecução deve guardar harmonia com o resultado alcançado.¹⁴¹ Citando Caio Tácito a autora ainda destaca que o princípio da proporcionalidade visa “evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais”.¹⁴²

No que diz respeito às políticas públicas, chegando a demanda a via judicial, a análise deve se pautar na verificação da razoabilidade da conduta adotada pelo ente público, analisando se no caso concreto o ente público observou os interesses da sociedade estabelecidos na Constituição e nas leis, e da pretensão aduzida pelo autor.¹⁴³

É neste campo que se tem a discussão acerca da possibilidade de análise ou não da atividade discricionária do agente público.

O entendimento dominante é de que o Judiciário não pode analisar os critérios de conveniência e oportunidade eleitos pelas autoridades da Administração Pública quando estipula suas prioridades para concretização dos direitos sociais por meio das ações governamentais, isto é, não pode controlar o mérito dos atos administrativos, o que muitas vezes traz embaraços ao controle das políticas públicas.¹⁴⁴

¹⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 174.

¹⁴² GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 175.

¹⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 175.

¹⁴⁴ COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 84.

Somente excepcionalmente o mérito dos atos que concretizem ou não as políticas públicas pode ser passível de controle, como por exemplo, nos casos em que os motivos alegados pelo Poder Público para justificar o ato se baseiam em matéria de fato ou de direito materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido¹⁴⁵ (teoria dos motivos determinantes); em que houver desvio de finalidade, verificado quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto na regra de competência¹⁴⁶; e, como visto acima, nos casos em que não for observado o princípio da proporcionalidade, entendido como a adequação entre os meios e os fins utilizados para o atendimento do interesse público.¹⁴⁷

Outro obstáculo à atuação do Poder Judiciário diz respeito à chamada reserva do possível, que, segundo Costa, pode ser tratada como um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais. Essa diz respeito a “disponibilidade material e jurídica de recursos financeiros” indispensáveis ao cumprimento da obrigação, tendo como elemento de equilíbrio determinante para sua aferição a razoabilidade. Isto é, mesmo que o Estado disponha de recursos ou poder de disposição sobre estes não se pode falar em obrigação de prestar algo que não seja razoável.¹⁴⁸

¹⁴⁵ BRASIL, Lei n. 4.717/65, 29 de junho de 1965 – Regula a ação popular (art. 2º, Parágrafo único, “d”). Vade Mecum – 5ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1144.

¹⁴⁶ BRASIL, Lei n. 4.717/65, 29 de junho de 1965 – Regula a ação popular (art. 2º, Parágrafo único, “e”). Vade Mecum – 5ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1144.

¹⁴⁷ COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 85.

¹⁴⁸ COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 86.

Corriqueiramente, para se eximir da responsabilidade pela omissão administrativa, usa-se do argumento de que não há verbas suficientes para implementação das políticas públicas. Tal argumento, por si só, não será suficiente para justificar tal conduta, deverá ser demonstrado de forma incontestada o que se alega.¹⁴⁹

É nesta linha de raciocínio que Flávio Dino afirma que os limites orçamentários não podem levar à construção de uma “esfera sagrada”, que levaria o Judiciário a se eximir de qualquer prestação jurisdicional que adentrasse neste âmbito.¹⁵⁰

Para se evitar que a alegada mitigação orçamentária impeça a prestação dos direitos constitucionalmente garantidos dois parâmetros devem ser observados: a garantia do mínimo existencial e o razoável impacto da decisão sobre os orçamentos públicos.¹⁵¹ Não poderão os juízes hesitar em determinar a realização de algum ato público que vise a garantia deste mínimo, quando isso se “revelar imprescindível” e possível de ser feito.¹⁵²

No que diz respeito ao impacto no orçamento, a razoabilidade deverá ser demonstrada em cada caso concreto, podendo ser adotada, como forma

¹⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 178.

¹⁵⁰ COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 87.

¹⁵¹ COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 87.

¹⁵² COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 87

de se minimizar um impacto financeiro imediato, a estipulação de “prazo flexíveis e compatíveis com a elaboração orçamentária”.¹⁵³

Ainda abordando a possibilidade de flexibilização da imposição judicial, para se evitar impactos sobre o orçamento, Grinover destaca que:

“o Judiciário: em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo a transposição de verbas, o Judiciário ainda deverá determinar, em caso de descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública (a construção de uma escola ou de um hospital, por exemplo).”¹⁵⁴

Conclui a autora que a reserva do possível confere ao Judiciário o poder de condenar a Administração Pública a uma obrigação de fazer que se dividirá em duas etapas: uma consistente na determinação de se incluir no orçamento verba em montante suficiente para o adimplemento da obrigação, e a segunda, consistente na aplicação devida da verba visando o cumprimento da obrigação.

Mais uma vez destaca-se o posicionamento da Suprema Corte (ADPF 45) que de maneira primorosa abordou os limites aqui apresentados para tratar da legitimidade da intervenção Judiciária contrapondo-se a alegada impossibilidade dos Poderes Democráticos em prestar os serviços sociais necessários à população. Destaca-se pontos do julgado:

¹⁵³ COSTA, Flávio Dino de Castro e – **A Função Realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil** - Revista Interesse Público, Ano IV - Nº. 28, nov/dez. 2006 – Porto Alegre: Notadez, p. 87.

¹⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 178.

“Não deixo de conferir, no entanto, assentadas em tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação, ou até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, Renovar): “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação

sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (...)”.¹⁵⁵ (Grifo nosso).

O Judiciário, atento aos limites de sua atuação deve prestar a jurisdição de modo a atender os anseios da sociedade, visando, principalmente, a garantia dos direitos fundamentais. Deve ser capaz de determinar que os Poderes Executivo e Legislativo apliquem de maneira coerente o orçamento público de forma que aos menos o mínimo existencial seja assegurado.

Pautada nos limites acima especificados a decisão estará apta ao seu cumprimento e a desobediência do administrador poderá acarretar em aplicação de sanções.

Dentre as possíveis reprimendas Grinover destaca:

“a) a aplicação de multa diária (astrintes) ou a título de ato atentatório ao exercício da jurisdição; b) a responsabilização por ato de improbidade administrativa; c) a intervenção no Estado ou no Município; d) a responsabilização criminal.”¹⁵⁶

A imposição de multa não seria a medida mais adequada, na medida em que o prejuízo dela decorrente recairá sobre o patrimônio público e não

¹⁵⁵ BRASIL. ADPF 45 MC/DF – Distrito Federal. Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento em: 29/04/09. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 08 fevereiro 2009.

¹⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 178/179.

sobre o patrimônio particular daquele que descumpriu a determinação judicial, o que onera ainda mais o erário.¹⁵⁷

O descumprimento de decisão judicial se enquadra no rol dos atos de improbidade administrativa (art. 11, II¹⁵⁸, da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992), devendo seu autor ser responsabilizado nos termos da lei (art. 12, III, do mesmo diploma legal¹⁵⁹). Também pode acarretar na intervenção do Estado ou Município, a fim de corrigir a irregularidade, prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial (art. 35, IV, CF).¹⁶⁰ Tais sanções tidas como as mais adequadas e eficientes.

Caracteriza ainda crime de responsabilidade e de desobediência a abstenção de cumprimento do comando judicial sem que haja motivo justificado para recusa ou impossibilidade de executar tal ato. Neste caso deve estar configurado o dolo do agente.¹⁶¹

¹⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 179.

¹⁵⁸ Lei 8429/92: “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.”

¹⁵⁹ Lei 8429/92: “Art. 12. Independente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade administrativa sujeito às seguintes cominações: III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.”

¹⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 179.

¹⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrinni, **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008. p. 180/181.

CONCLUSÃO

Pretendia a presente monografia analisar a possibilidade do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, cuidando de questões como a legitimidade deste poder para assim proceder, com o foco voltado para como tem ocorrido a atuação Judiciária.

De início cuidou-se de relacionar as políticas públicas com o direito, tratando de seu enfoque jurídico, para angariar elementos suficientes que possibilitassem construir o seu conceito. Neste ponto se verificou o enfoque jurídico destas ações de governo na medida em que estas devem se pautar na Constituição e nas leis, e porque tratam especificamente da concretização dos direitos sociais.

Formulou-se uma proposta de conceito para as políticas públicas que seriam ações de governo, que devem estar em consonância com o texto constitucional e com as normas infraconstitucionais, voltadas à concretização dos direitos fundamentais por meio de programas que tracem planos, diretrizes e metas, com a finalidade precípua de assegurar uma vida digna aos cidadãos e de melhorar os diversos ramos da sociedade.

Traçadas as principais características das políticas públicas cuidou-se de relacioná-las com os Poderes Estatais, para se delimitar o campo de atuação destes, importante caminho para se tratar da questão da Separação dos Poderes, isto é, se a ingerência do Poder Judiciário fere a concepção do Estado Democrático de Direito. Tecidas algumas considerações sobre esta crítica, verificou-se que tal argumento não prospera, tendo em vista que é do próprio modelo de tripartição dos poderes, que não é rígido, que decorre a possibilidade de interferência de um em

outro e que a atuação judiciária decorre do próprio texto constitucional.

Sobre este tema destacou-se o julgamento da ADPF n. 45 MC/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, posição paradigma no que diz respeito a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, que trata da possibilidade da utilização de instrumentos processuais para movimentar o Judiciário ante a violação de direito fundamental e a necessidade de preservação do mínimo existencial.

Como é sabido o Judiciário é inerte, devendo ser provocado para que possa se manifestar acerca de qualquer matéria, não sendo diferente no que diz respeito às políticas públicas. Assim, apresentou-se um rol de legitimados e de instrumentos processuais aptos a ensejar a movimentação judicial. Dentre aqueles destacou-se a atuação da sociedade como um todo, seja por meio de demandas individuais ou coletivas, merecendo realce também a atuação do Ministério Público, hoje visto como o defensor dos direitos sociais.

Já quanto aos instrumentos revelaram-se importantes o Controle de Constitucionalidade das Leis, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a Ação Civil Pública.

Neste ponto, verificou-se que qualquer tipo de ação, como salienta Grinover, seja ela individual ou coletiva, com efeitos coletivos ou individuais, pode ser manejada para ensejar o controle do Poder Judiciário sobre as políticas públicas.

Tendo em vista os vários objetos das políticas públicas passíveis de serem controlados foi necessário relacioná-los com as ações correspondentes

demonstrando qual seria a mais adequada para cada caso.

Verificou-se que em caso de formulação das políticas públicas a atuação judiciária se torna temerária, por incidir sobre o poder discricionário da administração pública em elencar as prioridades quanto à efetivação dos direitos. Tal tema não é tranquilo na doutrina, porém ressalva-se o entendimento de que é um dever jurídico dos Poderes Públicos incluir nos seus orçamentos cotas que visem atender a necessidade da população, e havendo omissão total ou parcial neste sentido a ingerência judiciária estaria garantida, até mesmo como uma forma de fazer valer a participação popular nesta seara.

Quanto à execução de políticas públicas, não haveria problemas para o controle judicial, pois estas já teriam sido deliberadas de forma democrática, não havendo que se falar em interferência indevida, e a sua não realização legítima o judiciário a cobrar tal prestação, como forma de garantir a efetividade dos direitos sociais.

Também mereceu destaque a possibilidade de a sociedade requerer informações acerca das políticas públicas, angariando os elementos necessários para se verificar a adequação entre os meios e os fins esperados por elas. O chamado controle da transparência das políticas públicas, inclusive, que traria os fundamentos para possibilitar os demais controles.

Permaneceu, contudo, a consciência de que esta atividade judicial não pode se dar indiscriminadamente, sendo necessária a observância de limites, para que os excessos que poderiam dela decorrer não fossem ainda mais onerosos para a sociedade que muitas vezes já se encontra desamparada.

Dentre estes destacou-se a garantia do mínimo existencial, pressuposto da atuação judiciária, a razoabilidade (manifestação do princípio da proporcionalidade) e a reserva do possível.

E por fim, foi abordada a possibilidade de se impor sanções em caso de descumprimento da determinação judicial, sendo as mais adequadas a responsabilização por atos de improbidade administrativa, e a intervenção no Estado ou Município. Pode ainda, haver a configuração de crime de responsabilidade, respondendo o agente na esfera penal, civil e administrativa.

No decorrer do estudo ainda foram apresentados, de maneira exemplificativa, julgados dos Tribunais Superiores, que permitiram ter uma noção mais abrangente de como tem sido a atuação judiciária no controle das políticas públicas e se pode observar que os critérios aqui apontados estão corriqueiramente presentes em todas elas.

Verifica-se que os objetivos primeiros desta pesquisa foram alcançados, possibilitou-se ao leitor identificar elementos substanciais para discussão do tema, porém de maneira que não se esgotou completamente todas as questões que englobam esta matéria. Muitas ponderações ainda podem ser feitas, como salientado no início deste trabalho, não se buscou aqui apresentar verdades absolutas sobre o tema, e nem se posicionar de forma categórica em um ou noutro sentido.

O que se pretendeu foi demonstrar que o controle judicial é possível, desde que atento aos limites impostos pela própria Constituição, como forma de garantir aos cidadãos o gozo de uma vida digna.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARANTES, Rogério Bastos. **Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 14, n.39, São Paulo, Fev. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 11 março 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático de direito**. Revista de Direito do Estado - RDE. Rio de Janeiro. Ano 1, nº 3: 17-54, jul/set 2006.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed. 2008. p. 82-83.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988. Vade Mecum – 5ª Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 57-59

BRASIL. ADPF 45 MC/DF – Distrito Federal. Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento em: 29/04/09. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 08 fevereiro 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. **A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Revista Interesse Público. Porto Alegre: Notadez, Ano 6, n. 28, p. 64-90, nov./dez. 2004.

COURA, Alexandre de Castro e SOUSA, Pedro Ivo de. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf>

Acesso em 20.fev.2009.

DERANI, Cristiane. Política Pública e a Norma Política. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 137

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 192.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral**. Revista Interesse Público. Porto Alegre: Notadez, Ano IX, n. 44, p. 27-66, jul./ago. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte. R. Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC), ano 2, n. 8, p. 167-186, out./dez. 2008.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. **Dimensão jurídica das Políticas Públicas**. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Org. Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 433 e 434.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. **O Papel do Poder Legislativo na formulação de políticas públicas e no processo orçamentário**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.2.camara.gov.br/internet/orçamentouniao/estudos/artigos/Artigo230.pdf>. Acesso em: 10.mar.2009.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação Constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 2006.

SANTOS, Jair Lima. **O Tribunal de Contas da União e Controles Estatal e Social da Administração Pública**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 70.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 32ª Ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.